


A harmonização de disposições legislativas em matéria penal como instrumento de cooperação judiciária na União Europeia: finalidades e dificuldades


The harmonization of legislative provisions in criminal matters as an instrument of judicial cooperation in the European Union: goals and difficulties

Eduardo Bolsoni Riboli¹

Universidade de Lisboa – Portugal

eduardoriboli@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9159008933150913>

 <http://orcid.org/0000-0002-8691-3390>

RESUMO: O presente estudo tem por objeto analisar a utilização da harmonização de disposições legislativas em matéria penal como instrumento de cooperação judiciária na União Europeia. Mediante pesquisa exploratória realizada a partir de análise documental e revisão bibliográfica europeia e internacional, verificar-se-á a origem da harmonização na União Europeia, a sua evolução ao longo dos Tratados de Maastricht, Tratado de Amsterdam e Tratado de Lisboa, o seu contexto atual e as finalidades e desafios que a harmonização enfrenta no cenário jurídico da União Europeia no contexto atual. Ao final, constata-se que, apesar de perder parcela de sua autonomia em decorrência das transformações promovidas pelo Tratado de Lisboa, a harmonização deve ainda ser considerada um valioso e viável instrumento para a prevenção e o

¹ Doutorando em Direito (Ciências Jurídico-Criminais) pela Universidade de Lisboa (Portugal). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (Portugal). Especialista em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (Brasil). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (Brasil). Investigador do Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal).

combate das criminalidades grave, organizada e transfronteiriça.

PALAVRAS-CHAVE: harmonização; aproximação; harmonização de leis penais; cooperação judiciária.

ABSTRACT: *This study aims to analyze the use of harmonization of legislative provisions in criminal matters as an instrument of judicial cooperation in the European Union. Through exploratory research based on European and international documentary and bibliographic analysis and review, we will analyze the origins of harmonization on the European Union, its evolution throughout the Treaty of Maastricht, the Treaty of Amsterdam and the Treaty of Lisbon, as well as its current context and the objectives and challenges that harmonization faces in the current European Union legal scenario. At the end, we conclude that while it lost a portion of its autonomy because of the changes brought by the Treaty of Lisbon, harmonization must still be seen as a valuable and viable tool for preventing and fighting serious, organized and cross-border crime.*

KEYWORDS: *harmonization; approximation; harmonization of criminal laws; judicial cooperation.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. A harmonização de disposições legislativas em matéria penal na União Europeia; 1.1. Harmonização: uma breve análise conceitual; 1.2. A origem da harmonização de disposições legislativas em matéria penal na União Europeia; 1.3. O contexto atual da harmonização em matéria penal na União Europeia; 2. Harmonizar ou não? Finalidades e dificuldades da harmonização de leis penais na União Europeia; 2.1. Finalidades; 2.1.1. Eficácia na prevenção e no combate à criminalidade; 2.1.2. Reforço dos demais instrumentos de cooperação em matéria penal e facilitação do funcionamento de agências, serviços e atores da União Europeia; 2.1.3. Concretização de princípios, objetivos e políticas da União Europeia; 2.1.4. Reforço da identidade europeia e a preservação da identidade nacional; 2.1.5. Fortalecimento da “função escudo” do direito penal: observância e reforço de direitos fundamentais e garantias processuais penais; 2.2. Dificuldades e entraves; 3. Harmonização: um inevitável caminho a trilhar; Considerações finais.

INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos das últimas quatro décadas e o processo de mundialização reestruturaram o convívio em sociedade. Como resultado destes fenômenos, o mundo foi “encurtado”²: os canais de comunicação foram ampliados, as transações financeiras agilizadas, a circulação de pessoas facilitada e as relações interpessoais mundializadas. O ampliado contato entre indivíduos de diferentes culturas, sociedades e ideologias provocou uma reorganização caótica³ do planeta que acabou por aproximar “tanto os ‘bons’ como os ‘maus’”⁴.

A reestruturação organizacional mundial também provocou reflexos no campo da criminalidade, as inovações sociais e tecnológicas foram assimiladas pela massa criminógena e as práticas criminais passaram a se tornar cada vez mais organizadas, internacionalizadas e informatizadas. A rapidez dos fluxos comunicacionais e financeiros, proporcionada sobretudo pelo desenvolvimento e crescente adoção da Internet, e a facilidade de mobilidade a nível mundial não só facilitaram o cometimento de delitos⁵ e a possibilidade de mitigar ou até mesmo impedir a sua punibilidade como também abriram caminho para o surgimento de novas práticas criminosas, como é o caso dos crimes informáticos ou aqueles realizados por meios eletrônicos⁶. Por conseguinte, o crime

² DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema do direito penal no dealbar do terceiro milénio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, A. 20, n. 99, p. 35-51, 2012, p. 46.

³ RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 362 e ss.

⁴ LAUREANO, Abel. Dois institutos da “cooperação judiciária em matéria penal” na União Europeia: reconhecimento mútuo de decisões penais e harmonização de legislações penais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 283-308, 2010, p. 284.

⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luis Lopes da. *Para uma Política Criminal Europeia*: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora: 2002, pp. 13-16.

⁶ FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal*: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001, p. 35 e ss., especialmente p. 36; RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal...* cit., pp. 366-369; PINTO, Inês Horta. *A harmonização dos*

não apenas ganhou proporções globais como se adaptou às novas formas de interação social⁷, com incontestáveis repercussões no direito penal e na criminologia⁸.

Essas transformações apresentam diferentes desafios governamentais e jurídico-penais, especialmente no que diz respeito à eficácia da persecução penal de crimes transfronteiriços. Neste campo, os desafios se ramificam em múltiplas vertentes que podem variar desde a escolha dos métodos de investigação a serem utilizados⁹ até problemas de jurisdição decorrentes do princípio da não-intervenção e da aplicação da lei penal no tempo e no espaço (pluralidade e dispersão geográfica de agentes, de condutas criminosas e de seus resultados, por exemplo). Essas e outras questões exigem dos Estados o aperfeiçoamento de seus instrumentos jurídicos, de modo a viabilizar soluções capazes de dirimir tais problemáticas.

Embora demonstrados sucintamente, estes são alguns dos diversos obstáculos que o direito penal e o processo penal enfrentam na atualidade, questões que exigem dos Estados uma interpretação jurídico-penal cada vez mais holística, tão atenta aos problemas criminais externos quanto às adversidades internas. Em outras palavras, devem o

sistemas de sanções penais na Europa: finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 56-60; RIBOLI, Eduardo Bolsoni. A utilização de novas tecnologias no âmbito da investigação criminal e as suas limitações legais: a interceptação de comunicações em massa e os *softwares* de espionagem. *Revista Galileu*, Lisboa, v. XIX, n. 2, p. 49-77, 2018, pp. 50-52.

⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, Democracia e Crime. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). *II Congresso de Processo Penal – Memórias*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 21; FERNANDES, Paulo Silva. Op. cit., pp. 35-36 e ss.; PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 56-60; RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal...* cit., pp. 366-369.

⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.

⁹ Sobre o tema, ver as problemáticas relacionadas à interceptação de comunicações em massa e ao uso de *softwares* de espionagem como meio de obtenção de prova em processo penal em RIBOLI, Eduardo Bolsoni. A utilização de novas tecnologias no âmbito da investigação criminal e as suas limitações legais: a interceptação de comunicações em massa e os *softwares* de espionagem. *Revista Galileu*, Lisboa, v. XIX, n. 2, p. 49-77, 2018.

direito penal e o processo penal estar atentos aos diferentes problemas decorrentes de uma sociedade mundializada.

É nesse contexto que ressaltamos a importância social do presente estudo, em um momento em que a cooperação judiciária em matéria penal parece ser imprescindível para frear os novos desafios postos ao direito penal.

Verificaremos no presente estudo que, em matéria penal, a União Europeia criou a possibilidade de aproximação das disposições legislativas dos seus Estados-Membros como um instrumento de cooperação judiciária que busca solucionar com mais eficácia os novos problemas apresentados ao direito penal atual. Concentraremos o estudo na harmonização, nas suas finalidades e nas suas dificuldades, referindo a sua origem e evolução na União Europeia e a sua importância para o combate à criminalidade transfronteiriça.

Para realizar este estudo, utilizamos uma abordagem exploratória a partir de revisão documental dos tratados que estabeleceram a harmonização como um instrumento de cooperação judiciária em matéria penal na União Europeia e de revisão bibliográfica europeia e internacional referente à temática proposta.

A harmonização, conforme veremos, apresenta-se como uma forma eficaz de contribuir na solução do problema da criminalidade atual, com possíveis efeitos secundários que possibilitam o cumprimento dos princípios, objetivos e políticas da União Europeia.

1. A HARMONIZAÇÃO DE DISPOSIÇÕES LEGISLATIVAS EM MATÉRIA PENAL NA UNIÃO EUROPEIA

Por estar alicerçada por ideais como a livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais entre os seus Estados-membros, a União Europeia percebeu a necessidade de criação de mecanismos capazes de conferir mais eficácia ao combate à criminalidade, especialmente a transfronteiriça, a fim de garantir a segurança de seus cidadãos. Para além da criação de agências e redes de prevenção à criminalidade (como a *Eurojust* e a *Europol*) e de instrumentos como o mandado de detenção europeu, a

União Europeia também busca promover a harmonização de leis penais de seus Estados-membros como medida para a prevenção e persecução penal de crimes de especial gravidade.

Com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdam, a União Europeia adquiriu jurisdição penal autônoma¹⁰ – uma *meta-jurisdição*, como observa Pedro Caeiro¹¹ –, possuindo desde então competência para estabelecer regras mínimas relativas à definição dos “elementos constitutivos das infracções penais” e das “sanções aplicáveis”¹² no âmbito de determinadas modalidades de criminalidade¹³. Previamente à análise da origem, das finalidades e dos entraves postos à harmonização de leis penais, faz-se necessário antes delinear alguns conceitos preliminares para a melhor compreensão da problemática.

¹⁰ Cf. artigos 29.º; 31.º, n.º 1, alínea e; 34.º, n.º 2, alínea b, todos do Tratado da União Europeia, na versão conferida pelo Tratado de Amsterdam. Sobre o tema, cf. CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: o caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

¹¹ Uma vez que a União Europeia não possui competência para editar normas penais com eficácia imediata, mas sim apenas o poder de impor aos Estados-membros o dever de edição de leis penais que prescrevam o conteúdo de uma proibição, a previsão de penas para a violação da norma, o seu alcance ou o âmbito, e regras processuais (cf. CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* — Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 182).

¹² Conforme previsto no artigo 31.º, n.º 1, alínea e do Tratado da União Europeia, na versão conferida pelo Tratado de Amsterdam.

¹³ Inicialmente restrita aos “domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de droga” (artigo 31.º, n.º 1, alínea e do Tratado da União Europeia, na versão conferida pelo Tratado de Amsterdam). Este âmbito foi alargado pela atual versão do artigo 83.º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: “(...) São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada”.

1.1. HARMONIZAÇÃO: UMA BREVE ANÁLISE CONCEITUAL

A fim de evitar a sua subsunção a outros instrumentos existentes no contexto europeu, mostra-se oportuna uma breve análise etimológica do termo *harmonização*.¹⁴

O termo *harmonização* (do grego *εναρμόνιση*¹⁵) significa a “ação ou efeito de harmonizar”¹⁶. *Harmonizar*, por sua vez, é um termo construído a partir da reunião da palavra *harmonia* e o sufixo *-izar*, e significa “pôr(-se) ou estar em harmonia, em acordo”¹⁷, ou ainda “estabelecer harmonia entre, conciliar, fazer concordar”¹⁸. *Harmonia* (do latim *harmonia*¹⁹, derivado do grego *ἀρμονία*²⁰) é a “combinação de elementos ligados por uma relação de pertinência, que produz uma sensação agradável e de prazer; ausência de conflitos; paz, concórdia; conformidade entre coisas ou pessoas; concordância, acordo”²¹.

¹⁴ Cf., também, CALDERONI, Francesco. *Organized Crime Legislation in the European Union: Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*. Heidelberg: Springer, 2010, pp. 1-6; e PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 78-79, autores que, embora sob ótica diversa, também efetuam interessante análise etimológica do termo.

¹⁵ BOLTING, Rudolf. *Dicionário Grego-Português*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1953, p. 235.

¹⁶ INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. *Dicionário do Português Atual Houaiss*. Lisboa: Círculo de Leitores, 2011, p. 1245.

¹⁷ INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Op. cit., p. 1245.

¹⁸ DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Harmonizar*. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/harmonizar>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

¹⁹ “Proporção entre as partes dum todo; simetria; ordem; (...) sucessão melodiosa de sons” (TORRINHA, Francisco. *Dicionário Latino-Português*. 2ª ed. Porto: F. Torrinh, 1942, p. 373).

²⁰ “Harmonia, acordo, proporção, simetria, união, contrato” (BOLTING, Rudolf. *Dicionário Grego-Português*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1953, p. 110). Suspeita-se que o termo *ἀρμονία* seja proveniente da palavra *ἀρμόζω*, que possui diferentes significados: “convir, conveniente” (BOLTING, Rudolf. Op. cit., p. 109); “servir, encaixar, ajustar ou acomodar” (WRIGHT, Benjamin G. *The Letter of Aristeeas: ‘Aristeeas to Philocrates’ or ‘On the translation of the Law of the Jews’*. Berlin, Boston: De Gruyter, 2015, p. 399).

²¹ INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Op. cit., p. 1245.

Em sentido amplo, o vocábulo *harmonia* guarda estreito vínculo com as belas-artes. Na música, harmonia significa “um conjunto de sons relacionados que produzem sensação agradável ao ouvido”²²; na pintura, expressa o sentido de “proporção agradável; equilíbrio de cores, tons ou nuances”²³; e na literatura representa a “forma de combinar os elementos sonoros de uma língua em textos para que soem agradavelmente e provoquem sensação de beleza”²⁴.

No Direito Internacional, o termo *harmonização* vem sendo utilizado para denominar a aproximação de leis de dois ou mais Estados mediante um acordo sobre *standards* ou princípios comuns, preservando-se, contudo, uma parcela de autonomia de cada parte para adaptar as disposições acordadas ao direito doméstico em conformidade às particularidades de seu ordenamento jurídico interno. Neste contexto, normalmente, porém não obrigatoriamente, a harmonização ocorre entre partes signatárias de um tratado internacional ou membros de uma organização. No Direito Comunitário, a harmonização é um instrumento usual que tem como um de seus principais objetivos a eliminação ou redução de divergências legislativas entre diferentes Estados-membros, como ocorre em matéria de regulação do mercado interno da União Europeia.²⁵

Verificam-se, portanto, duas características básicas da harmonização: a existência de elementos diferentes e a concordância entre eles, propriedades que afastam a harmonização da unificação, uma vez que na unificação não há diferenciação de elementos. Destarte, classificamos a harmonização como o ato de ordenar um conjunto de elementos diferentes de modo que encontrem uma afinidade entre si. Dessa forma, em que pese seja o conceito de harmonização no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal na União Europeia alvo de discussão doutrinária²⁶, defendemos que neste contexto a harmonização em matéria penal deve ser compreendida como a ordenação e

²² INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Op. cit., p. 1245.

²³ PINTO, Inês Horta. Op. cit., p. 78.

²⁴ INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Op. cit., p. 1245.

²⁵ PINTO, Inês Horta. Op. cit., p. 79.

²⁶ Sobre o tema, cf. CALDERONI, Francesco. Op. cit., pp. 1-6.

o ajuste da legislação penal interna dos Estados-Membros, de modo que encontrem uma afinidade entre si e, assim, cumpram os objetivos comuns estabelecidos pela União Europeia, sempre respeitando as particularidades nucleares do sistema jurídico de cada Estado-Membro. A harmonização não tem como objetivo eliminar as diferenças entre sistemas jurídicos, mas sim remover atritos para que haja mais integração e concordância entre eles.

1.2. A ORIGEM DA HARMONIZAÇÃO DE DISPOSIÇÕES LEGISLATIVAS EM MATÉRIA PENAL NA UNIÃO EUROPEIA

A harmonização de leis penais na União Europeia começou a ser estruturada nas disposições contidas no Tratado da União Europeia²⁷ (TUE, também denominado “Tratado de Maastricht”). Conforme consta no preâmbulo do Tratado de Maastricht, um dos objetivos da criação da União Europeia foi “facilitar a livre circulação de pessoas, sem deixar de garantir a segurança dos seus povos, através da inclusão, no presente Tratado, de disposições relativas à justiça e aos assuntos internos”. No Título VI do Tratado encontram-se previstas as medidas de cooperação de justiça e de assuntos internos, denominadas “questões de interesse comum”, entre elas a cooperação judiciária em matéria penal (artigo K.1, n.º 7, do TUE) e a cooperação policial na prevenção e perseguição de modalidades específicas de criminalidade (artigo K.1, n.º 9, do TUE)²⁸.

Embora naquele momento ainda não pudesse ser verificada uma verdadeira harmonização de leis penais na União Europeia, boa

²⁷ MONAR, Jörg. Eurojust and the European Public Prosecutor Perspective: From Cooperation to Integration in EU Criminal Justice?. *Perspectives on European Politics and Society*, Leiden, v. 14, n. 3, p. 339-356, 2013, p. 340; RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal ... cit.*, p. 326.

²⁸ Artigo K.1, n.º 9, do Tratado da União Europeia: “A cooperação policial tendo em vista a prevenção e a luta contra o terrorismo, o tráfico ilícito de droga e outras formas graves de criminalidade internacional, incluindo, se necessário, determinados aspectos de cooperação aduaneira, em ligação com a organização, à escala da União, de um sistema de intercâmbio de informações no âmbito de uma Unidade Europeia de Polícia (Europol)”.

parte das convenções e dos instrumentos adotados na vigência do Tratado de Maastricht com base no seu artigo K.3²⁹ dispunham sobre a necessidade de estabelecimento de “sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas” e “penas privativas da liberdade que possam dar origem a extradição”³⁰; expressões que, em decorrência de seu recorrente uso,

²⁹ Artigo K.3 do Tratado da União Europeia: “1. Nos domínios a que se refere o artigo K.1, os Estados-membros devem informar-se e consultar-se mutuamente no âmbito do Conselho, de modo a coordenarem a sua acção. Para o efeito, devem instituir uma colaboração entre os competentes serviços das respectivas administrações. 2. O Conselho pode: - por iniciativa de qualquer Estado-membro ou da Comissão, nos domínios a que se referem os pontos 1 a 6 do artigo K.1; - por iniciativa de qualquer Estado-membro, nos domínios a que se referem os pontos 7 a 9 do artigo K.1: a) Adotar posições comuns e promover, sob a forma e de acordo com os procedimentos adequados, qualquer cooperação útil à prossecução dos objectivos da União; b) Adotar acções comuns, na medida em que os objectivos da União possam ser melhor realizados por meio de uma acção comum que pelos Estados-membros actuando isoladamente, atendendo à dimensão ou aos efeitos da acção prevista; o Conselho pode decidir que as medidas de execução de uma acção comum sejam adoptadas por maioria qualificada; c) Sem prejuízo do disposto no artigo 220º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, elaborar convenções e recomendar a sua adopção pelos Estados-membros, nos termos das respectivas normas constitucionais. Salvo se essas convenções previrem disposições em contrário, as eventuais medidas de aplicação dessas convenções serão adoptadas no Conselho, por maioria de dois terços das Altas Partes Contratantes. Essas convenções podem prever a competência do Tribunal de Justiça para interpretar as respectivas disposições e decidir sobre todos os diferendos relativos à sua aplicação, de acordo com as modalidades que essas convenções possam especificar”.

³⁰ Como exemplo de alguns dos instrumentos que reproduzem esta fórmula, destacamos: a) Acção Comum 97/154/JAI, de 24 de fevereiro de 1997, adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à acção contra o tráfico de seres humanos e a exploração sexual de crianças (alíneas b e d da letra A do Título II); b) Convenção estabelecida com base no nº 2, alínea c), do artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia (artigo 5.º, nº 1); c) Acção Comum 98/733/JAI, de 21 de dezembro de 1998 adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à incriminação da participação numa organização criminosa nos Estados-membros da União Europeia (artigos 2.º e 3.º); e d) Acção Comum 98/742/JAI, de 22 de dezembro de 1998 adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à corrupção no sector privado (artigo 4.º).

passaram a integrar o vocabulário do legislador da União Europeia como se fossem uma espécie de “fórmula estereotipada”³¹, como observado por Mireille Delmas-Marty.

Quando essa fórmula aparece(ia) em um instrumento europeu, a doutrina entende que ela pode ser interpretada como a solução encontrada pela União Europeia para nivelar as legislações penais dos seus Estados-Membros, sobretudo na dosimetria da pena³², respeitando as diferentes teorias da pena adotadas por cada país³³. Inês Horta Pinto aponta que a expressão “sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas” deve ser compreendida como uma imposição para a adoção de um regime sancionatório apto a prevenir a prática da conduta prevista no instrumento, de modo que respeite os limites da gravidade do fato, sem exceder a medida da culpa nem a necessidade de punição³⁴. Para Helmut Satzger, a eficácia e a dissuasão expressam o dever de a sanção ser direcionada e capaz de promover os objetivos protegidos pelos tratados ou interesses europeus, devendo possuir tanto um efeito dissuasivo geral quanto específico; enquanto a proporcionalidade estaria relacionada aos objetivos almejados e à gravidade da violação³⁵. Já a expressão “penas privativas da liberdade que possam dar origem a extradição” pode ser traduzida como uma orientação para a cominação de penas que tenham como limite máximo ao menos um ano³⁶.

Embora não fosse uma finalidade declarada no Tratado da União Europeia, essa fórmula demonstra a preocupação do legislador da União, desde então, em promover a aproximação de disposições legislativas em matéria penal de cada Estado-Membro para cumprir os objetivos

³¹ DELMAS-MARTY, Mireille. Harmonisation des sanctions et valeurs communes: la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité. In: DELMAS-MARTY, Mireille; GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; LAMBERT-ABDELGAWAD, Élisabeth (dirs.). *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*. Paris: Société de Législation Comparée, 2003, p. 585.

³² PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 212-217.

³³ DELMAS-MARTY, Mireille. Op. cit., p. 585.

³⁴ PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 214-216.

³⁵ SATZGER, Helmut. *International and European Criminal Law*. München: Nomos, 2012, p. 70.

³⁶ PINTO, Inês Horta. Op. cit., p. 217.

elencados no artigo K.1 e nas demais disposições presentes ao longo do Título VI do Tratado da União Europeia. Em razão da inexistência de mecanismos que possibilitassem a imposição do cumprimento das ações comuns e de as convenções oriundas do Tratado de Maastricht só entrarem em vigor quando fossem ratificadas por todos os Estados-Membros, a harmonização durante a vigência daquela versão do Tratado foi diminuta e pouco eficaz.

Com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdam em 1.º de maio de 1999, o Tratado da União Europeia foi modificado e a harmonização de leis penais na União Europeia começou a ganhar forma, especialmente em decorrência da reformulação promovida no Título VI do TUE. Entre outras modificações, o texto do antigo artigo K.1 foi reformulado para incluir — como medida para “facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça” — a “*aproximação*, quando necessário, das disposições de direito penal dos Estados-Membros”³⁷ para prevenir e combater a criminalidade especialmente grave³⁸. Esta *aproximação* passou a integrar os objetivos da “ação comum no

³⁷ Destaque nosso.

³⁸ Como “criminalidade especialmente grave”, no âmbito das modificações promovidas pelo Tratado de Amsterdam, compreendemos aquelas previstas no artigo 29.º (“criminalidade, organizada ou não, em especial o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de droga e o tráfico ilícito de armas, a corrupção e a fraude”), em especial aquelas elencadas na alínea e do artigo 31.º (criminalidade organizada, terrorismo e tráfico ilícito de droga), por esta alínea delimitar os termos da harmonização de leis penais na versão conferida pelo Tratado de Amsterdam.

Destaca-se, contudo, que este entendimento por nós partilhado não é pacífico na doutrina, nem mesmo no âmbito legislativo da União Europeia pré-Tratado de Lisboa. Alguns autores reconhecem uma restrição do âmbito de aplicação da harmonização no Tratado de Amsterdam, limitada ao catálogo previsto na alínea e do artigo 31.º; enquanto para outros autores o seu âmbito é alargado aos crimes previstos no artigo 29.º, entendimento este partilhado por legisladores da União Europeia em determinados casos (ao promoverem a aproximação de disposições legislativas em matérias fora do catálogo da alínea e do artigo 31.º, como ocorreu com a edição da Decisão-Quadro 2000/383/JAI, de 29 de maio de 200, sobre o reforço da proteção contra a contrafação de moeda na perspectiva da introdução do euro; e na Decisão-Quadro 2004/68/JAI, de 22 de dezembro de 2003, relativa à exploração sexual de crianças e a pornografia infantil). Para uma discussão mais aprofundada sobre o tema, cf. PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 231-239.

domínio da cooperação judiciária em matéria penal”³⁹, delineada na alínea e do artigo 31.º do TUE: “Adoptar gradualmente medidas que prevejam *regras mínimas* quanto aos *elementos constitutivos das infracções penais* e às *sanções aplicáveis* nos domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de droga”⁴⁰.

Na versão conferida pelo Tratado de Amsterdam, a harmonização engloba tanto a disposição dos *elementos constitutivos* das infracções penais como também as *sanções aplicáveis*. A doutrina entende que estas “regras mínimas” seriam uma espécie de “denominador comum” que os Estados deveriam observar ao transpor as deliberações da União Europeia ao seu direito interno, possibilitando uma certa margem de liberdade para que mantenham as características de seus sistemas penais⁴¹.

Com a reformulação do Título VI do Tratado da União Europeia, o *status* da harmonização como instrumento de cooperação judiciária em matéria penal foi formalizado. Apesar de a previsão de “regras mínimas” ter provocado discordâncias doutrinárias⁴² acerca do verdadeiro âmbito

³⁹ *Caput* do artigo 31.º, antigo artigo K.3, do Tratado da União Europeia (versão conferida pelo Tratado de Amsterdam).

⁴⁰ Destaques nossos.

⁴¹ PINTO, Inês Horta. Op. cit., p. 230.

⁴² Anabela Miranda Rodrigues acredita que, ao menos durante a vigência do Tratado de Amsterdam, a harmonização somente seria “legítima no domínio das sanções aplicáveis; e que, numa leitura que se vem defendendo e que também partilhamos, está limitada à criminalidade expressamente referida na al. e), do art. 31.º, TUE, e, assim, aos domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de droga” (RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal... cit.*, pp. 302-303). Como contraponto, estão os entendimentos de Inês Horta Pinto (PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 227-229) e Pedro Caeiro (CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: o caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 126 e ss.). Este último autor defende que “[p]ara efeitos da remissão operada no terceiro travessão do art. 29.º, é lícito interpretar a expressão ‘adoptar gradualmente medidas’, constante do art. 31.º, n.º 1, al. e), como dizendo respeito, apenas, à adopção de decisões-quadro. Assim, cremos que a remissão feita para esta norma significa o seguinte: se a aproximação incidir sobre o âmbito aí referido (os elementos dos crimes ou as sanções aplicáveis), através das ‘medidas’ aí previstas (sc., as decisões-quadro), só pode ser levada a cabo nos termos designados (sc., estabelecendo parâmetros mínimos) e em relação às matérias indicadas (a criminalidade organizada, o terrorismo e o tráfico de estupefacentes). Desta forma, a União continua a ter uma competência *genérica* para

da harmonização no Tratado de Amsterdam⁴³, é seguro afirmar que foi durante a sua vigência que a harmonização se fortaleceu no cenário europeu, despontando como uma das principais formas da União Europeia legislar em matéria penal⁴⁴.

Para atingir a finalidade de harmonização de legislações penais, o Tratado de Amsterdam criou a figura jurídica das “decisões-quadro”, instrumento dedicado especificamente à aproximação das disposições legislativas dos Estados-Membros da União Europeia em matéria

harmonizar os elementos das infracções e as sanções aplicáveis em qualquer domínio compatível com o disposto no corpo do art. 29.^o” (CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites...* cit., p. 126).

Outra controvérsia diz respeito à possibilidade de que a previsão de regras *mínimas* poderia abrir espaço para um direito penal securitário no âmbito europeu (RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal...*, pp. 306-307 e ss.).

Pedro Caeiro sugere uma forma de solucionar algumas destas controvérsias levantadas pela previsão de regras mínimas, possibilitando uma aplicação coerente do conceito: “In the first place, the EU should establish, by means of a directive, a three or four-position *general* penal scale (light, medium, serious and most serious penalties), imposing on MS [Member State] the obligation to pass legislation in order to fill in those categories with values drawn from their own systems. Once this equivalence is implemented in the MS, the EU will be able to impose on MS the obligation to ascribe, *e. g.* (at least) ‘serious penalties’ for a given offence, and this assessment will prevail over any possible national evaluation tending to provide for more lenient penalties. Finally, the European concept of ‘serious penalties’ will be transposed, in each MS, according to the previously defined national parameters” (CAEIRO, Pedro. *Content and impact of approximation: The case of terrorist offences*. In: GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne (eds.). *Approximation of substantive criminal law in the EU: the way forward*. Bruxelles: Institut d’Études Européennes, 2013, p. 166 e ss.).

⁴³ “In short, setting minimum quantitative thresholds can lead to fake harmonization because the relevance given to the same offence will vary from MS to MS, according to each one’s penal scale” (CAEIRO, Pedro. *Content and impact...* cit., p. 166).

⁴⁴ Como verificado por Pedro Caeiro em CAEIRO, Pedro. Introdução (ou de como todo o processo penal começa com uma constituição de direitos). In: CAEIRO, Pedro (org.). *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal*: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português. Coimbra: Instituto Jurídico, 2015, pp. 7-8.

penal. Previstas no artigo 34.º, n.º 2, alínea b⁴⁵, as decisões-quadro, aprovadas por unanimidade, definiam um resultado comum a ser alcançado pelos Estados-Membros, vinculando-os àquele objetivo. As decisões-quadro não possuíam, contudo, efeito imediato, dependiam de transposição para o direito interno — nos moldes estabelecidos por cada Estado-Membro — para produzirem seus efeitos. Como exemplo de decisões-quadro que buscaram harmonizar as disposições legislativas em matéria penal dos Estados-Membros, destacamos a Decisão-Quadro 2001/413/JAI, de 28 de maio de 2001, relativa ao combate à fraude e à contrafação de meios de pagamento que não em numerário⁴⁶; a Decisão-Quadro 2001/500/JAI, de 26 de junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produto do crime⁴⁷; e a Decisão-Quadro 2008/913/JAI, de 28 de novembro

⁴⁵ “O Conselho tomará medidas e promoverá a cooperação, sob a forma e segundo os processos adequados instituídos pelo presente Título, no sentido de contribuir para a realização dos objectivos da União. Para o efeito, o Conselho pode, deliberando por unanimidade, por iniciativa de qualquer Estado-Membro ou da Comissão: (...) b) Adoptar decisões-quadro para efeitos de aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros. As decisões-quadro vinculam os Estados-Membros quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. As decisões-quadro não produzem efeito directo”.

⁴⁶ A qual promove a harmonização ao repetir a “fórmula” estereotipada utilizada durante a vigência do Tratado de Maastricht em seu artigo 6.º: “Cada Estado-Membro toma as medidas necessárias para assegurar que os actos referidos nos artigos 2.º a 5.º sejam punidos com sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas, incluindo, pelo menos nos casos graves, penas privativas da liberdade que possam dar lugar a extradição”.

⁴⁷ Decisão-Quadro que prevê, em seu artigo 2.º, que “Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias, de acordo com o seu sistema repressivo, para garantir que as infracções referidas (...) sejam passíveis de penas privativas da liberdade de uma duração máxima igual ou superior a quatro anos”.

de 2008, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia^{48, 49}.

1.3. O CONTEXTO ATUAL DA HARMONIZAÇÃO EM MATÉRIA PENAL NA UNIÃO EUROPEIA

Em 1.º de dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (reconhecido em um primeiro momento como “Tratado Reformador”, por ter modificado os diplomas antecessores⁵⁰), os objetivos da União Europeia elencados nos tratados anteriores foram reforçados e alguns instrumentos e finalidades que vinham sendo neles estruturados foram ampliados e consolidados. No que tange à temática aqui trabalhada, o Tratado de Lisboa reforçou as finalidades da União Europeia como um “Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça” como um “Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça” ao estabelecer, no artigo 67.º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que “A União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros”, ressaltando a observância à tradição jurídica de cada país. O n.º 3 do mesmo artigo prevê a adoção de uma série de medidas para “garantir um elevado nível de segurança”, como a coordenação e cooperação entre autoridades policiais e judiciárias, e também através de instrumentos como o “reconhecimento mútuo das

⁴⁸ Em seu artigo 1.º, a referida decisão-quadro estipula que “Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que os seguintes actos sejam puníveis com infracções penais quando cometidos com dolo (...)”. Em seu artigo 3.º, n.º 1, a decisão-quadro determina que “Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que os actos referidos nos artigos 1.º e 2.º sejam puníveis com sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas”, e no n.º 2 daquele mesmo artigo determina que “os actos referidos no artigo 1.º sejam puníveis com pena de duração máxima de, pelo menos, um a três anos de prisão”.

⁴⁹ Para mais exemplos, cf. PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 239-251.

⁵⁰ Nomeadamente o Tratado da União Europeia e o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia (este último foi renomeado para “Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia” após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa).

decisões judiciais em matéria penal e, *se necessário, através da aproximação das legislações penais*⁵¹.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, os termos da harmonização foram delineados nos artigos 82.^{o52} e 83.^{o53} do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁵¹ Destaques nossos.

⁵² “1. A cooperação judiciária em matéria penal na União assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e inclui a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos domínios a que se referem o n.º 2 e o artigo 83.º. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotam medidas destinadas a: a) Definir regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento em toda a União de todas as formas de sentenças e decisões judiciais; b) Prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-Membros; c) Apoiar a formação de magistrados e de funcionários e agentes de justiça; d) Facilitar a cooperação entre as autoridades judiciárias ou outras equivalentes dos Estados-Membros, no âmbito da investigação e do exercício da ação penal, bem como da execução de decisões. 2. Na medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça, o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de diretivas adotadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas. Essas regras mínimas têm em conta as diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros. Essas regras mínimas incidem sobre: a) A admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados-Membros; b) Os direitos individuais em processo penal; c) Os direitos das vítimas da criminalidade; d) Outros elementos específicos do processo penal, identificados previamente pelo Conselho através de uma decisão. Para adotar essa decisão, o Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu. A adoção das regras mínimas referidas no presente número não impede os Estados-Membros de manterem ou introduzirem um nível mais elevado de proteção das pessoas” (destaques nossos).

⁵³ “1. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de diretivas adotadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infrações, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns. São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada. Consoante a evolução da criminalidade, o Conselho pode adotar uma decisão que identifique outros domínios de criminalidade que preencham os critérios referidos no presente número. O Conselho delibera por unanimidade,

Destarte, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a harmonização de leis penais manteve a sua importância como instrumento de cooperação judiciária em matéria penal, porém, como veremos, perdeu parcela de sua autonomia.

A figura jurídica da decisão-quadro foi extinta pelo Tratado de Lisboa. Para exercerem as suas competências, o artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁵⁴ atribuiu às instituições da União Europeia novos atos jurídicos: regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. Com a exclusão da figura das decisões-quadro, o artigo 83.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia adotou a diretiva como instrumento apto para promover a aproximação

após aprovação do Parlamento Europeu. 2. *Sempre que a aproximação de disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros em matéria penal se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objeto de medidas de harmonização, podem ser estabelecidas por meio de diretivas regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções no domínio em causa.* Essas diretivas são adotadas de acordo com um processo legislativo ordinário ou especial idêntico ao utilizado para a adoção das medidas de harmonização em causa, sem prejuízo do artigo 76.o. 3. Quando um membro do Conselho considere que um projeto de diretiva a que se refere o n.o 1 ou n.o 2 prejudica aspetos fundamentais do seu sistema de justiça penal, pode solicitar que esse projeto seja submetido ao Conselho Europeu. Nesse caso, fica suspenso o processo legislativo ordinário. Após debate, e havendo consenso, o Conselho Europeu, no prazo de quatro meses a contar da data da suspensão, remete o projeto ao Conselho, o qual porá fim à suspensão do processo legislativo ordinário. No mesmo prazo, em caso de desacordo, e se pelo menos nove Estados-Membros pretenderem instituir uma cooperação reforçada com base no projeto de diretiva em questão, esses Estados-Membros notificam o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão em conformidade. Nesse caso, considera-se que foi concedida a autorização para proceder à cooperação reforçada referida no n.o 2 do artigo 20.o do Tratado da União Europeia e no n.o 1 do artigo 329.o do presente Tratado, e aplicam-se as disposições relativas à cooperação reforçada” (destaques nossos).

⁵⁴ Artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: “Para exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes. As recomendações e os pareceres não são vinculativos”.

de leis penais “em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça”⁵⁵.

A diretiva, consoante o artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, é o ato que “vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”. Semelhante à decisão-quadro, a diretiva não possui efeito imediato e depende de transposição ao direito interno para surtir efeitos. Diferentemente das decisões-quadro, as diretivas são aprovadas por maioria qualificada⁵⁶, podem ser propostas por “iniciativa de um quarto dos Estados-Membros” (alínea b do artigo 76.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) e não mais estão restritas à matéria penal. Um sistema de “freio de emergência”⁵⁷ foi criado para evitar possíveis abusos: a tramitação de uma proposta de diretiva que tenha como objetivo promover a harmonização de leis penais pode ser suspensa sempre que um Estado-Membro verificar que ela “prejudica aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal”⁵⁸.

⁵⁵ Consoante o artigo 83.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, “(...) São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada”.

Para acompanhar a evolução da criminalidade, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia previu, no mesmo artigo, o alargamento deste catálogo: “(...) Consoante a evolução da criminalidade, o Conselho pode adotar uma decisão que identifique outros domínios de criminalidade que preencham os critérios referidos no presente número”.

⁵⁶ Consoante interpretação da versão atual do artigo 16.º do Tratado da União Europeia e dos artigos 288.º, 289.º e 294.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁵⁷ SATZGER, Helmut. Op. cit., pp. 80-82; VERVAELE, John. A União Europeia e a harmonização da aplicação das políticas penais. Um *cessio bonorum* ao terceiro pilar?. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 66-83, jul./dez. 2009, p. 83.

⁵⁸ Artigos 82.º, n.º 3 e 83.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Consoante o n.º 3 do artigo 82.º, o prejuízo aos “aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal” devem decorrer de proposta que verse sobre as matérias previstas nas alíneas do n.º 2 do artigo 82.º: “a) A admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados-Membros; b) Os direitos individuais em processo penal; c) Os direitos das vítimas da criminalidade; d) Outros elementos específicos do processo penal, identificados previamente pelo

Embora o Tratado de Lisboa tenha ampliado o âmbito de aplicação da harmonização — por não estar mais restrita à material criminal, permitida também em matéria processual penal; por ser promovida por diretivas⁵⁹ (as quais são aprovadas por maioria qualificada); por ter sido ampliado o catálogo dos crimes aos quais é aplicável e por permitir a sua aplicação na prevenção e combate de novos crimes fora daquele catálogo sempre que a evolução da realidade criminal assim o exigir⁶⁰ —, este instrumento perdeu a autonomia que vinha percebendo desde o Tratado de Amsterdam.

No cenário jurídico da União Europeia pós-Tratado de Lisboa, a harmonização parece ter assumido um papel secundário, de auxílio ou reforço dos demais instrumentos de cooperação em matéria penal (reconhecimento mútuo de decisões judiciais e cooperação policial e judiciária). Essa interpretação pode ser inferida a partir da forma como o próprio texto do Tratado de Lisboa estabelece os termos da harmonização (“*se necessário*, através da aproximação das legislações penais”⁶¹; e “[*n*]a medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça”⁶²), bem como da previsão de um sistema de freio

Conselho através de uma decisão. Para adotar essa decisão, o Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu”. No que toca ao sistema de freio de emergência previsto no artigo 83.º, n.º 3, as matérias são aquelas elencadas nos n.ºs 1 e 2 daquele artigo: o estabelecimento de “regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça”.

⁵⁹ “Há, contudo, que reconhecer que, com frequência, as *decisões-quadro* (depois do Tratado de Lisboa, as *directivas*) não se limitam a definir *bases* ou *princípios*. Vão mais longe, procurando harmonizar a ‘substância’ das normas, nomeadamente no que se refere aos elementos constitutivos das infrações. (...) Como tem sido observado, a harmonização não contribui apenas para instaurar ou reforçar a confiança, mas também para a manifestar. Em certo sentido, a confiança mútua é o princípio que subjaz à evolução e o seu quadro legitimador” (RODRIGUES, J. N. Cunha. Direito penal e integração europeia. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (coord.). *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p. 693).

⁶⁰ Ver artigos 82.º e 83.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁶¹ Artigo 67.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, destaques nossos.

⁶² Artigo 82.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, destaques nossos

de emergência. Essa subsidiariedade não implica ser a harmonização um instrumento ineficaz ou meramente acessório, pois, além de reter parcela de sua autonomia nos casos em que for promovida sob o abrigo do artigo 82.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, é também uma via de consolidação dos objetivos originários da União, conforme veremos.

2. HARMONIZAR OU NÃO? FINALIDADES E DIFICULDADES DA HARMONIZAÇÃO DE LEIS PENAIS NA UNIÃO EUROPEIA

A harmonização busca promover a concordância de diferentes elementos, dirimindo possíveis conflitos e criando uma afinidade entre eles. No contexto jurídico da União Europeia, esses diferentes elementos se traduzem na história, cultura, tradições e ideologias que caracterizam o sistema jurídico de cada Estado-Membro. Tratam-se de características que pautam o modo como os Estados tutelam bens jurídicos, a proteção à vítima, as garantias processuais penais, a(s) teoria(s) da pena adotada(s), os critérios de dosimetria da pena, entre outros aspectos de sua legislação penal material e processual. Em matéria penal, a harmonização de leis na União Europeia tem como objetivo, portanto, buscar um consenso entre os sistemas punitivos dos Estados-Membros, seja na área das incriminações, sanções ou em questões processuais. Além deste estreitamento de diferentes sistemas jurídicos, a harmonização em matéria penal pode também cumprir fins secundários como o fortalecimento dos objetivos que estruturam a União Europeia.

2.1. FINALIDADES

Face a impossibilidade de abordagem, neste estudo, de todas as finalidades que podem ser identificadas na harmonização de disposições legislativas em matéria penal na União Europeia, destacamos aqueles objetivos que julgamos mais relevantes.⁶³

⁶³ Sobre o tema, cf. AMBOS, Kai. *European Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 317 e ss.; BERNARDI, Alessandro. *Opportunité de l'Harmonisation*. In: DELMAS-MARTY, Mireille; GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; LAMBERT-ABDELGAWAD, Élisabeth (dirs.). *L'harmonisation*

2.1.1. EFICÁCIA NA PREVENÇÃO E NO COMBATE À CRIMINALIDADE

A vantagem principal da harmonização é a possibilidade de conferir mais eficácia na prevenção e no combate à criminalidade, especialmente a criminalidade grave e transfronteiriça⁶⁴. Esses dois tipos de criminalidade apresentam um especial risco no âmbito da União Europeia devido à sua política de abertura de fronteiras, o que dificulta a sua prevenção e persecução penal não somente por razões geotemporais⁶⁵ mas também em virtude da multiplicidade de ordenamentos e sistemas jurídicos presentes na União.

A diferença entre as disposições legislativas penais dos Estados-Membros da União Europeia — algumas mais brandas, outras mais severas — pode influenciar a escolha do local a serem praticadas determinadas etapas do *iter criminis* (o chamado *forum shopping*)⁶⁶. Determinados crimes, sobretudo os transfronteiriços, podem ser praticados em qualquer local, com a possibilidade de suas consequências se alastrarem por todo o território da União Europeia. Não se descarta a possibilidade de escolha, por parte de criminosos, de Estados-Membros que apresentem menos riscos de punição para a prática de seus crimes. "Embora seja esta finalidade de tolhimento do *forum shopping* controversa⁶⁷, mesmo que os criminosos

des sanctions pénales en Europe. Paris: Societé de Législation Comparée, 2003, p. 463; PINTO, Inês Horta. Op. cit., p. 94 e ss.

⁶⁴ Nomeadamente aquelas tipologias destacadas no artigo 83.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁶⁵ Cf. MOURA, Bruno. O Tratado de Lisboa e a legitimidade do direito penal e processual penal europeu emergente. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 8, p. 28-44, 2011, p. 32; e WEYEMBERGH, Anne. *L'harmonisation des législations: condition de l'espace penal européen et révélateur de ses tensions*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 108 e ss.

⁶⁶ "Il suffira de rappeler ici que le maintien de choix punitifs parfois manifestement différents d'un État à l'autre entraîne toutes une série de conséquences négatives et en particulier: a) il implique le création de véritables « paradis criminels », favorisant – tout du moins par rapport aux infractions intentionnellement réalisées au fin de profit – leur concentration dans les Pays qui prévoient des réponses punitives inadéquates par défaut" (BERNARDI, Alesandro. Op. cit., p. 461). Cf. também PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 97-98.

⁶⁷ Não são escassos os argumentos contra a finalidade de prevenção do *forum shopping*. Em linhas gerais, os principais argumentos contra esta finalidade são: 1) a inexistência de provas ou de um estudo definitivo que analise, em

ignorem esta diversidade legislativa ou dela não se aproveitem eles ainda acabam sendo beneficiados por esta pluralidade e heterogeneidade normativa, uma vez que a inexistência de harmonização da legislação material e processual amplia a dificuldade de prevenir a criminalidade transfronteiriça e restringe, ou ao menos retarda, o funcionamento do sistema de justiça criminal, em virtude da complexidade da cooperação judiciária e policial em matéria criminal entre os Estados-Membros da União Europeia.⁶⁸

Certamente, a harmonização dos sistemas penais, por si só, não seria suficiente para conferir mais eficácia ao combate desse tipo de criminalidade, outros fatores como os meios de prova à disposição das autoridades responsáveis pela investigação criminal, a racionalidade de planos estratégicos político-criminais, a eficácia da atuação dos agentes de polícia, e a própria estrutura e *modus operandi* do sistema de justiça criminal dos Estados-Membros também exercem suas influências na prevenção e persecução do problema criminal, porém nem por isso a harmonização deixa de ser útil para atingir os fins anteriormente mencionados.⁶⁹

uma perspectiva transfronteiriça, os aspectos racionais que influenciariam o *forum shopping*; 2) a demonstração, mediante estudos criminológicos, que em geral a população não tem conhecimento suficiente sobre a legislação penal de seu país (menos ainda de países vizinhos); 3) a inexistência de comprovação empírica de que a severidade da sanção (seja no seu limite mínimo ou máximo) influencie ou previna a prática delitiva (na verdade, estudos criminológicos e sociológicos demonstram que é a certeza da punição que provoca os mais significativos efeitos preventivos) (cf. BONDY, Wendy De; MIETTINEN, Samuli. Minimum Criminal Penalties in the European Union: in Search of a Credible Justification. *European Law Journal*, Oxford, v. 21, n. 6, p. 722-737, 2015, pp. 727-733; ÖBERG, Jacob. Legal Diversity, Subsidiarity and Harmonization of EU Regulatory Criminal Law. In: COLSON, Renaud; FIELD, Stewart (eds.). *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 119).

⁶⁸ WEYEMBERGH, Anne. The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Antwerp, v. 2, n. 2, p. 149-172, 2005, p. 164; CALDERONI, Francesco. Op. cit., p. 7.

⁶⁹ Cf. PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 100-104.

2.1.2. REFORÇO DOS DEMAIS INSTRUMENTOS DE COOPERAÇÃO EM MATÉRIA PENAL E FACILITAÇÃO DO FUNCIONAMENTO DE AGÊNCIAS, SERVIÇOS E ATORES DA UNIÃO EUROPEIA

A aproximação entre os sistemas penais também tem força para gerar ou reforçar um sentimento de confiança entre os Estados-Membros da União Europeia, uma vez que estes tendem a reconhecer com mais facilidade a legitimidade de decisões penais oriundas de um ordenamento jurídico semelhante ao seu, semelhança também considerada para fins de cooperação judiciária e policial. Nesta questão, salienta-se que determinadas formas de cooperação judiciária internacional possuem como requisitos para serem aplicados o *quantum* de pena cominado a determinados delitos.⁷⁰

A harmonização das disposições legislativas em matéria penal material e processual também possui a capacidade de facilitar o funcionamento de diferentes agências, serviços e atores da União Europeia — como a *Europol*, a *Eurojust*, a *EJN* (*European Judicial Network in criminal matters*), autoridades judiciais etc. —, uma vez que o bom funcionamento destas depende do conhecimento de suas competências e limites, bem como da legislação interna de cada Estado-Membro, principalmente quando se trata de um serviço, agência ou ator que opera em domínios específicos de criminalidade.⁷¹

2.1.3. CONCRETIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS, OBJETIVOS E POLÍTICAS DA UNIÃO EUROPEIA

A harmonização de leis penais também pode se mostrar útil como instrumento para a concretização de princípios, objetivos e políticas da

⁷⁰ WEYEMBERGH, Anne. *L'harmonisation des législations...* cit., p. 144 *et passim*; WEYEMBERGH, Anne. *The Functions of...* cit., p. 157; RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luis Lopes da. Op. cit., p. 77; LONG, Nadja. *Harmonization of criminal law in the EU: A special focus on the US judicial system*. Brussels: European Parliament, 2010, pp. 7-8. Alessandro Bernardi destaca que “l’augmentation de la confiance reciproque causé par la prise de conscience du niveau élevé d’homogénéité pour ce qui concerne les choix respectifs en matière des sanctions, represente une condition importante pour induire les États à accepter l’application du principe *ne bis in idem*” (BERNARDI, Alessandro. Op. cit., p. 458).

⁷¹ LONG, Nadja. Op. cit., pp. 7-8; CALDERONI, Francesco. Op. cit., p. 8; WEYEMBERGH, Anne. *The Functions of...* cit., p. 162.

União Europeia⁷². No contexto europeu de livre circulação, a disparidade de disposições legais referentes a incriminações e sanções aplicáveis pode provocar intranquilidade nos cidadãos europeus e impedi-los de desenvolver suas atividades com segurança ou conforto. A previsibilidade das consequências jurídicas dos comportamentos dos cidadãos mostra-se um elemento importante no exercício da livre circulação. A proximidade da legislação penal também é capaz de promover a igualdade e impedir a discriminação dos cidadãos europeus, respeitando os preceitos previstos no artigo 20.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (“Todas as pessoas são iguais perante a lei”) e no artigo 21.º, n.º 2 do mesmo diploma (“é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade”)⁷³.

A aproximação das legislações penais dos países membros da União Europeia é ainda capaz de provocar efeitos secundários em áreas alheias ao direito penal, mas que com este ramo do Direito mantenham alguma espécie de relação. Um exemplo utilizado pela doutrina para demonstrar essa finalidade secundária ou reflexa é a influência que a previsão de sanções penais a certas práticas comerciais e procedimentos empresariais — como a segurança dos trabalhadores, impacto ambiental e o modo de fabricação de certos produtos — exerce em determinadas áreas do mercado, desequilibrando as condições de livre concorrência entre os Estados-Membros no âmbito europeu^{74 75}.

2.1.4. REFORÇO DA IDENTIDADE EUROPEIA E A PRESERVAÇÃO DA IDENTIDADE NACIONAL

A harmonização também tem força para cumprir finalidades simbólicas como o reforço de uma identidade europeia e, ao mesmo tempo,

⁷² Conforme o preâmbulo do Tratado de Maastricht, que estabelece, entre outros objetivos, os de “facilitar a livre circulação de pessoas, sem deixar de garantir a segurança dos seus povos, através da inclusão, no presente Tratado, de disposições relativas à justiça e aos assuntos internos”. Estes objetivos foram reforçados e ampliados pelo Tratado de Amsterdam e pelo Tratado de Lisboa.

⁷³ Destaca-se que o Tratado da União Europeia (na versão conferida pelo Tratado de Lisboa), em seu artigo 6.º, n.º 1, reconhece “os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, estabelecendo à Carta “o mesmo valor jurídico que os Tratados”.

⁷⁴ Cf. BERNARDI, Alessandro. Op. cit., p. 461.

⁷⁵ Quanto ao tema, ver também PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 104-110; WEYEMBERGH, Anne. *The Functions of...* cit., pp. 164-165.

o fortalecimento da identidade nacional de cada Estado-Membro. Essas finalidades seriam capazes de sedimentar valores europeus e nacionais, proporcionando mais integração entre os cidadãos europeus, ao mesmo tempo em que preservariam e fortaleceriam os valores de cada país.

Sobre o fortalecimento de uma identidade europeia, Alessandro Bernardi defende que uma aproximação das respostas punitivas dos Estados-Membros da União Europeia poderia expressar um ideal de justiça e equidade ao, por exemplo, eliminar diferenças em sistemas sancionatórios que negam princípios comunitários de igualdade e não-discriminação⁷⁶. O autor alerta que devido à “relação sinalagmática existente entre a gravidade de uma infração e a intensidade da pena”, a aplicação desarmoniosa de sanções diferentes entre os Estados à mesma infração poderia dificultar o sentimento de “herança cultural comum”⁷⁷. A harmonização demonstraria aos cidadãos europeus, portanto, que os diferentes países da União Europeia possuem valores comuns e punem da mesma forma aquelas condutas indesejadas no contexto europeu⁷⁸.

Quanto à preservação e/ou fortalecimento da identidade nacional, estas finalidades decorrem de uma característica central inerente à harmonização: a diferença entre os elementos em harmonia. A diversidade entre os Estados-Membros da União Europeia — suas histórias, tradições, seus idiomas, costumes e inclusive a diversidade jurídico-penal — é considerada uma riqueza cultural da Europa. Uma harmonização de legislações penais, ao aproximar ordenamentos jurídicos de diferentes Estados respeitando as suas diferenças, possibilitaria a continuação de determinadas tradições e práticas jurídicas sem abrir mão de uma margem de apreciação dos diferentes países para experimentarem novos mecanismos de prevenção e combate à criminalidade de acordo com a sua própria realidade jurídico-social. Estas finalidades acabam inclusive por contribuir para a aceitação dos próprios Estados à aproximação no lugar da uniformização.⁷⁹

⁷⁶ BERNARDI, Alessandro. Op. cit., p. 460.

⁷⁷ BERNARDI, Alessandro. Op. cit., pp. 460-461.

⁷⁸ WEYEMBERGH, Anne. *The Functions of...* cit., p. 168; PINTO, Inês Horta. Op. cit., p. 110; CALDERONI, Francesco. Op. cit., p. 8.

⁷⁹ PINTO, Inês Horta. Op. cit., p. 113.

2.1.5. FORTALECIMENTO DA “FUNÇÃO ESCUDO” DO DIREITO PENAL: OBSERVÂNCIA E REFORÇO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

Além de promover a proteção de bens jurídicos, o direito penal também exerce a função de proteção contra ele próprio. Ao prever a restrição de uma ampla gama de direitos fundamentais mediante a aplicação da pena e de seus demais instrumentos repressivos, o direito penal surge como uma lei que reclama proteção dela mesma⁸⁰. Esta proteção é realizada através das garantias processuais penais, formuladas para impedir o uso abusivo do *ius puniendi*. Nesse sentido, é também dever do direito penal salvaguardar os direitos e garantias de todo o indivíduo que violar bens jurídicos tutelados pelo direito penal, através de um devido processo legal que assegure os seus direitos fundamentais e garantias processuais penais (e constitucionais). Enfim, é preciso que o direito penal também limite o poder de punir do Estado em nome da salvaguarda dos direitos e liberdades do indivíduo, é preciso que o direito penal também exerça a sua “função escudo”⁸¹ e impeça o uso arbitrário do *ius puniendi*.

Neste âmbito, a harmonização das disposições legislativas em matéria processual penal dos Estados-Membros revela uma função de especial relevância. Para assegurar um “espaço de liberdade, segurança e justiça”, é essencial que os cidadãos tenham a expectativa de que as suas garantias processuais penais e seus direitos fundamentais serão respeitados em todo o território da União Europeia. Além de permitir a segurança do indivíduo, esta finalidade também tem como objetivo conferir “aos cidadãos um senso comum de justiça em toda a União”⁸², garantindo que nenhum indivíduo será tratado de maneira desigual ou injusta de acordo com a jurisdição à qual estiver submetido. A heterogeneidade de

⁸⁰ TULKENS, Françoise. The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights. *Journal of International Criminal Justice*, Buffalo, v. 9, n. 3, p. 557-595, 2011, p. 578; RIBOLI, Eduardo Bolsoni. *A Ouroboros discursiva do Medo do Crime: o Medo do Crime como elemento disfuncional na racionalidade jurídico-penal*, 2017. 141 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, p. 94 e ss.

⁸¹ WEYEMBERGH, Anne. *The Functions of...* cit., p. 166.

⁸² WEYEMBERGH, Anne. *The Functions of...* cit., p. 166.

disposições legislativas em matéria processual penal diminui a expectativa do indivíduo em não ver suas garantias processuais violadas, reduzindo assim a certeza e a segurança jurídicas.⁸³

2.2. DIFICULDADES E ENTRAVES

As dificuldades e entraves à harmonização de leis penais na União Europeia estão relacionadas sobretudo a questões de soberania e de preservação da identidade do sistema jurídico de cada Estado-Membro.⁸⁴

A aproximação de leis penais pode ser interpretada como uma extenuação da pluralidade e diversidade dos sistemas penais europeus e das identidades culturais nacionais dos Estados-Membros da União Europeia⁸⁵. Cada país — de acordo com a sua história, tradição, cultura, espaço geográfico, ideologia política e as transformações que observou em cada um desses campos com o fenômeno da mundialização — possui uma realidade criminológica distinta que exige das autoridades e dos órgãos de seu sistema de justiça criminal uma abordagem diferente na prevenção e no combate ao crime.⁸⁶ Dessa maneira, a diversidade jurídico-legal acabaria por viabilizar a capacidade de uma resposta mais eficaz aos problemas internos. Ademais, a manutenção da diversidade impediria a danificação dos valores e ideais nacionais enraizados no ordenamento jurídico penal de cada Estado-Membro, com o potencial de inibir a má interpretação e a incorreta aplicação da legislação e dos princípios jurídicos internos, mantendo a coerência de seu sistema de

⁸³ WEYEMBERGH, Anne. *The Functions of...* cit., p. 167.

⁸⁴ RODRIGUES, J. N. Cunha. Op. cit., p. 677.

⁸⁵ Cabe lembrar que o artigo 67.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia destaca que “A União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros” (destaques nossos).

⁸⁶ SCHOMBURG, Wolfgang. Are we on the Road to a European Law-Enforcement Area? International Cooperation in Criminal Matters. What Place for Justice?. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Leiden, v. 8, n. 1, p. 51-60, 2000, p. 57.

justiça criminal.⁸⁷ A diversidade garante, também, a autodeterminação da população de cada Estado-Membro, seja em virtude do reconhecimento de seus valores e identidades nacionais; seja em decorrência do respeito ao processo democrático, uma vez que, como observa Jacob Öberg⁸⁸, a criminalização de um determinado comportamento e a definição de uma sanção a ser aplicada deve resultar de um processo legislativo com participação o mais direta possível dos cidadãos.

Nesse sentido, a homogeneização dos sistemas jurídico-penais pode ser interpretada como um modo ineficaz de combater a criminalidade interna (mas, por outro lado, também uma perda de oportunidade de inovações em matéria penal).

A harmonização de leis penais também encontra entraves no que tange à soberania nacional de cada Estado-Membro⁸⁹. Em virtude de o direito de punir constituir a essência da soberania nacional⁹⁰, a aproximação de disposições legislativas em matéria penal pode significar a renúncia (gradual) desta soberania.⁹¹

O estabelecimento de sanções mínimas, promovido pela harmonização, pode também ser interpretado como uma afronta ao princípio da individualização da pena, a dosimetria da pena passaria a ser realizada em observância a um mero pragmatismo e não mais aos elementos factuais e às disposições processuais penais do ordenamento jurídico interno.⁹²

⁸⁷ ÖBERG, Jacob. Legal Diversity, Subsidiarity and Harmonization of EU Regulatory Criminal Law. In: COLSON, Renaud; FIELD, Stewart (eds.). *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 109.

⁸⁸ ÖBERG, Jacob. Op. cit., pp. 108-109.

⁸⁹ RODRIGUES, J. N. Op. cit., p. 680; RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luis Lopes da. Op. cit., p. 18.

⁹⁰ “[O] direito de punir é a marca mais visível da soberania nacional: o direito penal assume-se como expressão dos valores e da cultura jurídica de um povo e o direito processual penal, encontrando-se intimamente ligado ao direito constitucional, desempenha uma importante função de garantia dos direitos dos cidadãos” (FIDALGO, Sónia. *Direito Penal Europeu: entre uma europa securitária e uma europa solidária. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. LXXXI, p. 931-966, 2005, p. 932).

⁹¹ PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 114-123.

⁹² BONDY, Wendy De; MIETTINEN, Samuli. Op. cit., pp. 729, 733-734.

3. HARMONIZAÇÃO: UM INEVITÁVEL CAMINHO A TRILHAR

Por conta das transformações inerentes a uma sociedade cada vez mais interligada e mundializada, que transforma o contexto social e criminológico constantemente, o futuro da harmonização parece ser incerto. São estas novas mudanças que pautarão os objetivos a serem traçados em matéria penal.

Especialmente no que tange aos crimes transfronteiriços e aos crimes decorrentes da evolução tecnológica e social, encontramos na harmonização a melhor via para promover a prevenção e o combate à criminalidade. Primeiramente porque, tomando como exemplo a identificação da necessidade de neocriminalizações, os Estados-Membros já iniciariam as suas atividades de prevenção e de combate a condutas criminosas a partir de um mínimo aceitável de repressão, podendo a elas conferir maior grau de reprovabilidade de acordo com a sua realidade criminológica e as tradições e características de seus sistemas jurídico-penais.

Em segundo lugar, além de preservar a autonomia e assim respeitar a soberania de cada Estado-Membro ao definir um grau mínimo de reprovabilidade — ou regras procedimentais mínimas, quando se tratar de matéria processual — a aproximação das disposições legislativas em matéria penal garante mais segurança jurídica aos cidadãos europeus, por dirimir divergências legislativas.

Em terceiro lugar, o papel da harmonização é essencial para promover a aproximação das disposições legislativas dos Estados-Membros da União Europeia relacionadas às garantias processuais penais, de modo a assegurar a “função escudo” do direito penal e assim salvaguardar o respeito ao devido processo legal e aos demais direitos fundamentais e garantias processuais que protegem o indivíduo do exercício arbitrário do poder de punir estatal.

Por último, além das finalidades expostas ao longo deste estudo, a harmonização mostra-se um instrumento valioso aos Estados-Membros em decorrência da possibilidade de diferentes modalidades de crimes transfronteiriços — tráfico, crimes informáticos, crimes ambientais, crimes contra o sistema financeiro — poderem afetar uma pluralidade de bens jurídicos comuns a vários Estados-Membros a partir de uma única prática delitiva. A adoção de uma estratégia comum garante mais

eficácia à prevenção e à persecução penal de tais tipologias de crime, pois ao partir de uma base mínima comum há o preestabelecimento de uma confiança mútua entre os Estados-Membros e a expectativa de que estes fenômenos serão punidos com rigor.

Se partirmos do pressuposto que os interesses comuns dos Estados-Membros da União Europeia devem ser protegidos, a harmonização de disposições legislativas em matéria penal parece ser inevitável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O bom funcionamento de um “espaço de liberdade, segurança e justiça” depende da compreensão dos Estados-Membros de que eles fazem parte de um sistema jurídico integrado, de um sistema que foi pautado no cumprimento de objetivos comuns e que também deve encontrar, conjuntamente, a melhor forma de responder aos novos desafios criminais. Atualmente, a dispersão geográfica e temporal da criminalidade organizada e da criminalidade grave exige dos Estados-Membros uma interpretação jurídico-penal cada vez mais holística, atenta tanto aos problemas criminais internos quanto aos externos.

A coerência sistemática proporcionada pela harmonização pode permitir aos Estados-Membros um combate mais eficaz às modalidades mais graves de criminalidade, seja através da cooperação com os demais Estados-Membros, seja através da facilitação da atividade de diferentes agentes, serviços e atores da União Europeia. Ao mesmo tempo, o papel da harmonização é essencial para garantir o exercício da “função escudo” do direito penal, assegurando aos indivíduos que se encontrem no território da União a tranquilidade de que seus direitos fundamentais e suas garantias processuais não serão desprotegidos.

Contudo, nenhum dos objetivos da harmonização aqui estudados pode ser alcançado se os Estados-Membros não estiverem dispostos a conhecer as diferentes realidades criminológicas de seus pares e a compreender as suas dificuldades e necessidades político-criminais; a permitir um certo grau de inovação em seu sistema de justiça criminal; e, principalmente, a cooperar entre si para alcançar os bens comuns estabelecidos nos diferentes tratados, convenções e diplomas celebrados no âmbito da União Europeia.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *European Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

BERNARDI, Alessandro. Opportunité de l'Harmonisation. In: DELMAS-MARTY, Mireille; GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; LAMBERT-ABDELGAWAD, Élisabeth (dirs.). *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*. Paris: Société de Législation Comparée, 2003.

BOLTING, Rudolf. *Dicionário Grego-Português*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1953.

BONDT, Wendy De; MIETTINEN, Samuli. Minimum Criminal Penalties in the European Union: in Search of a Credible Justification. *European Law Journal*, Oxford, v. 21, n. 6, p. 722-737, 2015. <https://doi.org/10.1111/eulj.12157>

CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* — Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 179-210.

CAEIRO, Pedro. Content and impact of approximation: The case of terrorist offences. In: GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne (eds.). *Approximation of substantive criminal law in the EU: the way forward*. Bruxelles: Institut d'Études Européennes, 2013, p. 153-167.

CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: o caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CAEIRO, Pedro. Introdução (ou de como todo o processo penal começa com uma constituição de direitos). In: CAEIRO, Pedro (org.). *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a "segunda vaga" e o seu previsível impacto sobre o direito português*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2015, p. 7-12. <https://doi.org/10.14195/978-989-26-1413-7>

CALDERONI, Francesco. *Organized Crime Legislation in the European Union: Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*. Heidelberg: Springer, 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille. Harmonisation des sanctions et valeurs communes: la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité. In: DELMAS-MARTY, Mireille; GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; LAMBERT-ABDELGAWAD, Élisabeth (dirs.).

L'harmonisation des sanctions pénales en Europe. Paris: Societé de Législation Comparée, 2003, p. 583-590

DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema do direito penal no dealbar do terceiro milénio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, A. 20, n. 99, p. 35-51, 2012.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Harmonizar*. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/harmonizar>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

FIDALGO, Sónia. Direito Penal Europeu: entre uma europa securitária e uma europa solidária. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXXI, p. 931-966, 2005.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. *Dicionário do Português Atual Houaiss*. Lisboa: Círculo de Leitores, 2011.

LAUREANO, Abel. Dois institutos da “cooperação judiciária em matéria penal” na União Europeia: reconhecimento mútuo de decisões penais e harmonização de legislações penais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 283-308, 2010.

LONG, Nadja. *Harmonization of criminal law in the EU: A special focus on the US judicial system*. Brussels: European Parliament, 2010.

MONAR, Jörg. Eurojust and the European Public Prosecutor Perspective: From Cooperation to Integration in EU Criminal Justice? *Perspectives on European Politics and Society*, Leiden, v. 14, n. 3, p. 339-356, 2013. <http://dx.doi.org/10.1080/15705854.2013.817807>

MOURA, Bruno. O Tratado de Lisboa e a legitimidade do direito penal e processual penal europeu emergente. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 8, p. 28-44, 2011.

ÖBERG, Jacob. Legal Diversity, Subsidiarity and Harmonization of EU Regulatory Criminal Law. In: COLSON, Renaud; FIELD, Stewart (eds.). *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 106-124.

PINTO, Inês Horta. *A harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa: finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. A utilização de novas tecnologias no âmbito da investigação criminal e as suas limitações legais: a interceptação de comunicações em

massa e os *softwares* de espionagem. *Revista Galileu*, Lisboa, v. XIX, n. 2, p. 49-77, 2018. <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XIX.2.3>

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. *A Ouroboros discursiva do Medo do Crime: o Medo do Crime como elemento disfuncional na racionalidade jurídico-penal*, 2017. 141 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, Democracia e Crime. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). *II Congresso de Processo Penal – Memórias*. Coimbra: Almedina, 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luis Lopes da. *Para uma Política Criminal Europeia*: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RODRIGUES, J. N. Cunha. Direito penal e integração europeia. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (coord.). *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p. 669-697.

SATZGER, Helmut. *International and European Criminal Law*. München: Nomos, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SCHOMBURG, Wolfgang. Are we on the Road to a European Law-Enforcement Area? International Cooperation in Criminal Matters. What Place for Justice?. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Leiden, v. 8, n. 1, p. 51-60, 2000. <https://doi.org/10.1163/15718170020519030>

SICURELLA, Rosaria. Fostering a European criminal law culture: in trust we trust. *New Journal of European Criminal Law*, London, v. 9, n. 3, p. 308-325, 2018 <https://doi.org/10.1177%2F2032284418801561>

TORRINHA, Francisco. *Dicionário Latino-Português*. 2ª ed. Porto: F. Torrinha, 1942.

TULKENS, Françoise. The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights. *Journal of International Criminal Justice*, Buffalo, v. 9, n. 3, p. 557-595, 2011. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqr028>

VERVAELE, John. A União Europeia e a harmonização da aplicação das políticas penais. Um *cessio bonorum* ao terceiro pilar? *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 66-83, jul./dez. 2009.

WEYEMBERGH, Anne. The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Antwerp, v. 2, n. 2, p. 149-172, 2005. <https://doi.org/10.1177/1023263x0501200203>

WEYEMBERGH, Anne. *L'harmonisation des législations: condition de l'espace penal européen et révélateur de ses tensions*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004.

WRIGHT, Benjamin G. *The Letter of Aristeas: 'Aristeas to Philocrates' or 'On the translation of the Law of the Jews'*. Berlin, Boston: De Gruyter, 2015.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 31/03/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/04/2019
- Avaliação 1: 26/04/2019
- Avaliação 2: 27/04/2019
- Decisão editorial preliminar: 12/05/2019
- Retorno rodada de correções: 23/05/2019
- Decisão editorial final: 28/05/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (PC)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. A harmonização de disposições legislativas em matéria penal como instrumento de cooperação judiciária na União Europeia: finalidades e dificuldades. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 819-854, mai./ago. 2019.
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.236>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.